

dad (pág. 379). Respecto a la relación entre la libertad y la Moral, Dworkin se pregunta: «¿Diremos que la condenación pública es, en y por sí misma, suficiente para justificar que convirtamos un acto en delito?» (pág. 349). Para el profesor de Oxford la sociedad, sin duda tiene derecho a defenderse y a proteger su existencia; como tiene derecho a seguir «sus propias luces». Es entonces cuando aborda la cuestión de la corrupción moral, la obscenidad y la procacidad, alentadas hoy por los medios de difusión social. Y es aquí donde encuentra una característica función del Derecho: la de protegernos de nosotros mismos (pág. 370).

Estimo es ciertamente meritoria la labor de Dworkin en este libro al criticar desde un punto de vista pragmático al Positivismo jurídico y al utilitarismo; sin embargo, a mi juicio, no lo consigue del todo por falta de inquietud metafísica, aunque él en repetidas ocasiones afirme que no quiere ser tildado de metafísico. La única manera de tomar en serio los derechos humanos es asentándoles sobre base metafísica y ontológica.

El libro está escrito en prosa ampulosa y reiterativa, por lo cual, no sólo resulta gravoso el leerlo, sino que cualquier lector llegará a concluir, que se pudo haber dicho lo mismo con la mitad de páginas.

Ismael PEIDRÓ PASTOR

Eduardo GARCIA DE ENTERRIA: «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho», Madrid, Civitas, 1984, 182 págs.

I. Afirma García de Enterría en la 'Nota Preliminar' a su libro: «Reúno en este pequeño volumen tres trabajos que, aunque nacidos independientes, versan realmente sobre una temática común, *la relación del intérprete y del Juez en particular, con la Ley y la posible intermediación en esa relación de principios materiales de justicia*, los límites de esa eventual intermediación, así como el *origen y el contenido* de dichos principios» (1).

Es de interés comprobar cómo los dos primeros trabajos a los que hace referencia su autor son, respectivamente, de 1961 el primero («Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo») y de 1964 el segundo —al menos publicado en 1964 como introducción al libro de Th. Viehweg en su versión castellana: «Tópica y Jurisprudencia»—; en tanto que el tercero —más extenso que los anteriores— es publicado en 1984 con el título: «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución» (2). Es decir, entre aquéllos y éste han transcurrido una veintena de años. La relevancia de este dato, así como la de los títulos de los distintos trabajos se irá poniendo de manifiesto con la lectura de este comentario.

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», Madrid, 1984, 1.ª ed., pág. 7 (subrayados nuestros, tanto en ésta como en citas posteriores).

(2) En adelante: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, 1964 y 1984 respectivamente.

Los tres trabajos versan, efectivamente, sobre una temática común. Por ello he elegido determinados párrafos del libro, que iré citando con la intención de reconstruir la línea argumentativa empleada por García de Enterría en esta obra, y hacer ver así la existencia de una diferencia cualitativa entre sus dos primeros trabajos —especialmente el de 1961— y el último de 1984. No obstante, ambos trabajos son, desde mi punto de vista, de un meritorio valor.

Efectivamente. Defender ya en 1961 la tesis de que la jurisprudencia es una "fuente del Derecho", «...y entre las más efectivas» (3), habida cuenta que hasta 1974 no se llevará a cabo la reforma del 'Título Preliminar' del Código civil, dónde incluso no llegará a reconocerse este hecho de forma explícita, es algo muy de agradecer (4).

Por otro lado, defender en 1984 que las normas constitucionales son «también» normas jurídicas, considero que es algo muy oportuno en un país que estrena constitución democrática en 1978 (5).

II. En el libro se habla de una 'técnica' jurídica para la interpretación de las normas, que estaría a caballo entre el 'iusnaturalismo' y el 'positivismo', encontrando en la 'tópica' el lazo de unión entre ambos (6).

«Ello lleva a concretar —afirma García de Enterría— al *Derecho natural* no, repetimos, en un orden abstracto, lejano, evanescente de preceptos o de directivas, sino en unos '*principios* generales del Derecho' perfectamente *singulares y específicos*, operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también positivizados, a través de una u otras formas, y no perdidos en la imprecisión, y mucho menos en la formulación de las famosas buenas intenciones» (7).

De esta forma, el Derecho se dibuja como «una 'tópica' de problemas, los cuales deben ser debatidos ('Problemerörterung, como tarea dialéctica propia del pensamiento tópico) en su singularidad, aunque sea esencial para ello la determinación de analogías problemáticas y de 'lege artis' obtenidos de la experiencia reiterada de los mismos» (8).

Así, pues, «lo que los jueces deben aplicar para llegar al valor superior de la justicia aplicando las Leyes es la *técnica jurídica* más estricta para, respetando tanto la 'auctoritas' como la 'potestas' 'de' dichas Leyes (cuyo 'imperio' es, pues, indiscutible, como expresión del principio democrático, que es otro de los indiscutibles 'valores superiores' de la Constitución), las encamine precisamente hacia ese objetivo preciso» (9).

Habría, pues, principios de Derecho natural concretizables en 'principios generales del Derecho', trabajados 'tópicamente' por la jurisprudencia y posi-

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», pág. 25.

(4) Véase al respecto, A. OLLERO, «Poder Judicial y transición democrática en España», en Anuario del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1982, pág. 19.

(5) En su defensa del Derecho constitucional como parte integrante del ordenamiento jurídico es de interés la polémica entablada con Lucas Verdú en *Revista de Derecho político*, UNED, Madrid, 1982, núm. 15.

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1964, «Reflexiones...», págs. 77 y 78.

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1964, «Reflexiones...», pág. 78.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», pág. 58.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», pág. 100.

tivizables en las normas constitucionales; todo ello con el objetivo de llegar «al valor superior de la justicia aplicando las Leyes» (10).

¿Por qué, precisamente, una 'técnica jurídica'? «... porque si alguna justificación y alguna objetividad ha alcanzado la técnica jurídica a lo largo de los siglos es, precisamente, la de ser una *técnica de la justicia*, con alcance infinitamente más preciso y seguro que cualquier otra posible valoración moral o legal» (11). Además, «esa técnica existe y es, justamente, la *técnica no positivista*» (12).

III. Después de la obra de Th. Viehweg, 'la tópica' pasó a ser considerada, dentro del ámbito de la metodología jurídica alemana, como un argumento más en contra de la metodología tradicional de la interpretación de las normas jurídicas, pero en ningún caso como una alternativa global a dicha metodología.

Pienso, además, que ni el propio Viehweg tenía esa intención. Baste leer el subtítulo del libro, no traducido al castellano (13). Pero incluso de la misma lectura de la obra de Viehweg, yo, al menos, no podría deducir que la 'tópica' sea una 'técnica jurídica', al menos con las pretensiones con que García de Enterría la describe. Así, por ejemplo, afirma Viehweg en su libro: «Pero, mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos en su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables... En esta situación se encuentra, evidentemente, la Jurisprudencia» (14).

¿Cómo es posible deducir de esto una 'técnica de la justicia no-positivista'? El mismo Viehweg sigue afirmando que «la primacía del problema influye sobre la técnica a adoptar. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable. Esto ha de valer especialmente para un sistema deductivo. A causa de lo inabarcable de su problemática, una jurisprudencia así concebida tiene un interés mucho mayor en una variedad asistemática de puntos de vista. No es enteramente exacto calificarlos como principios o reglas fundamentales. Se les tendría que llamar más exactamente reglas directivas o tópicos, según el criterio de nuestra investigación, puesto que no pertenecen al espíritu deductivo-sistemático, sino al tópico. La terminología de tipo científico señala una dirección falsa, cosa que no es rara en nuestro campo» (15).

García de Enterría habla, además —si bien indirectamente, con el objetivo de reforzar su tesis— de la 'Hermenéutica jurídica', la cual, desde mi punto de vista (16), si se puede caracterizar por algo es, precisa-

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. nota 9.

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», pág. 101.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», pág. 100.

(13) «Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung».

(14) TH. VIEHWEG, «Tópica y Jurisprudencia», Madrid, 1964, pág. 129.

Cuando Viehweg emplea el término alemán 'Jurisprudenz' se refiere, no sólo a la jurisprudencia como actividad judicial, sino, además, a la dogmática jurídica y al 'arte' de legislar.

(15) TH. VIEHWEG, «Tópica...», pág. 142.

(16) Véase al respecto mi reciente artículo: «El papel de la pre-comprensión en la interpretación del Derecho», La Ley, número 1.251, Madrid, 1985.

mente, por rechazar cualquier calificativo relacionado con 'técnica' o 'ciencia' (17).

La diferencia cualitativa entre los trabajos de 1961 y 1964 y el de 1984 se pone de manifiesto en la inflexión de la línea argumental que se produce en el libro.

Si en 1961 para defender la tesis de la jurisprudencia como 'fuente del Derecho' ha de poner García de Enterría en tela de juicio un rígido sometimiento del Juez a la Ley, basándose para ello en el hecho —fundamentado en bibliografía alemana sobre metodología jurídica— de «... que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico» (18); en 1984 parece más preocupado por poner límite a estas afirmaciones, concluyendo: «No se trata, obviamente, de que el juez, o cualquier aplicador del Derecho, se liberen de la Ley ('Derecho libre'), porque esto manifiestamente iría contra el imperio de la Ley que la Constitución proclama y destaca. Tampoco el mandato de la búsqueda de la justicia implica una invocación a la supuesta 'justicia del caso concreto'; no hay justicia posible del caso concreto en el sistema constitucional si ello supone distinguir en la aplicación de la Ley ante la cual todos los ciudadanos son iguales (art. 14); la justicia ha de ser, pues, como la Ley misma, común y general. En fin, no será posible tampoco apelar simplemente a un *evanescente e impreciso sentimiento de lo justo...* porque si ese sentimiento fuese subjetivo del intérprete, de cada intérprete, en cada circunstancia se rompería de nuevo la generalidad del Derecho» (19).

Si, efectivamente, el juez opera, también, desde su concepción particular de la justicia (20), ¿cómo se puede conjugar ésta con una técnica jurídica? Según mi opinión, desde el punto de vista de una gran parte de la bibliografía que se utiliza en el libro, no se puede deducir que la aplicación e interpretación de la norma sea una cuestión formal; es decir, una actividad técnica. No tiene sentido apelar al artículo 14 de la Constitución, que, como se sabe, recoge el principio de la Revolución francesa de la 'igualdad formal' ante la Ley. Esto nos lleva, si bien sólo en el plano teórico, a un irremisible 'positivismo legalista', muy a pesar de García de Enterría, por su afán de mantener subordinado, cueste lo que cueste, el Derecho al método.

Si algún artículo de la Constitución española de 1978 tiene, desde mi punto de vista, relación con el problema de la interpretación y aplicación de la Ley (partiendo de la base de que no se trata de una cuestión formal, sino de fondo, y, si llevamos hasta sus últimas consecuencias la filosofía que encierra la bibliografía que García de Enterría emplea) éste sería, cu-

(17) Véase al respecto el ensayo, bastante orientativo, de A. KAUFMANN, «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la Hermenéutica jurídica», en ACFS, Granada, 1977, número 17.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», pág. 22.

Véase, además, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1961, «Reflexiones...», págs. 18 y 52.

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», págs. 100 y 101.

(20) Compárese, J. ESSER, «Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung», Frankfurt, 1971, págs. 23, 24 y 25.

riosamente, aquel que 'reconoce' la 'desigualdad real' de los ciudadanos, por lo que correspondería «a los poderes públicos —y, entre ellos, se encuentra el 'poder judicial'— promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...» (art. 9,2).

El problema de valoración que en toda decisión jurídica se produce, como consecuencia, precisamente, de que el intérprete condiciona la decisión jurídica (21), es, justamente, lo que ha dado lugar en la R. F. de Alemania a toda una revisión teórica de la metodología del Derecho, cuyos precedentes filosóficos nos llevan a la ontología existencial heideggeriana y a la filosofía del lenguaje, a partir del 'último Wittgenstein'.

Así, pues, cuando afirma el mismo Esser —en obra citada, también, por García de Enterría— que «lo que hace el juez es llevar al juicio sobre los hechos el *sentido jurídico-político* de la norma» (22), esto quiere decir —en palabras de W. Hassemmer, situado en similar perspectiva teórica— que «la norma cambia por la decisión jurídica que se toma, ya que está fundamentada en ella. Es decir, la norma queda de nuevo constituida con la decisión jurídica tomada» (23). Y, si esto es así, no es tan fácil afirmar que «la creación —de Derecho por el juez— no es libre sino vinculada... a los valores jurídicos *perfectamente objetivizados* que el juez ha de manejar en la labor interpretativa» (24).

Es decir, si la valoración es siempre inevitable cuando se interpreta una norma jurídica, y las normas constitucionales son, también, normas jurídicas, la valoración va implícita en su interpretación.

IV. A pesar de todo esto, no se puede calificar a García de Enterría de 'incoherente' por sus trabajos de 1961 y 1964 en relación con el de 1984.

El defendía ya entonces, pienso, y sigue defendiendo hoy, una profesionalización de la labor jurídica —si bien quizá habría que decir 'tecnocratización'—. Una 'tecnocratización' que en 1961, de concebirla al 'modo positivista, negador de libertades, mientras que en 1984 le preocupa, por el contrario, el peligro de una excesiva politización en el ámbito de la interpretación de las normas constitucionales. Hay, pues, una constante ideológica, bajo la amplia oscilación que su difuso concepto de 'técnica de la justicia' posibilita.

En definitiva, García de Enterría se enfrenta al arduo problema de la interpretación del Derecho, siendo consciente de las fuertes implicaciones políticas que encierra. Pretende darle una solución 'técnica', que, desde mi punto de vista, quiere acogerse a 'lo científico', lo cual no deja de ser

(21) «Al igual que el autor introduce algo de su personalidad en la obra que crea, lo mismo acontece con el juez en la sentencia», A. KAUFMANN, «Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung», en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (3. Aufl.), Heidelberg, Karlsruhe, 1981, pág. 294.

(22) J. ESSER, «Vorverständnis...», pág. 55.

(23) W. HASSEMER, «Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik», Köln, Berlin, Bonn, München, 1968: pág. 100.

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, «Reflexiones...», págs. 132 y 133.

sorprendente en un jurista práctico de su experiencia, que sabe perfectamente que la realidad del Derecho no es adaptable, sin más, a tales moldes metodológicos teóricos.

En cualquier caso, lo que me parece menos afortunado es la utilización de unas fuentes bibliográficas (poco conocidas, por otra parte, en nuestro país) que no fundamentan, desde mi punto de vista, las conclusiones a las que pretende llegar García de Enterría en su libro.

Víctor QUESADA

Hans KELSEN: «Teoria generale delle norme», Ed. de Mario G. Losano, trad. de Mirella Torre, Torino, Einaudi, 1985.

Esta obra es la traducción italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen*, obra póstuma de H. Kelsen, publicada en 1979. Incluye una introducción de M. G. Losano (pp. XVII-LXI) y contiene además un índice analítico y otro de nombres, que faltan en la edición original. Otra diferencia entre la edición original y la italiana consiste en que en aquella las notas están colocadas al final del libro y van numeradas sucesivamente desde la nota 1 hasta la 185, que es la última; mientras que en la obra que comentamos las notas están situadas al final del capítulo. Pero, existe una tabla de concordancia de las notas que permite al lector saber a qué nota de la edición original corresponde cada una de las notas de la traducción.

Habiendo transcurrido siete años desde la publicación de la *Allgemeine Theorie der Normen*, no es oportuno ahora hablar del contenido de esta obra, pues sin duda el lector estará ya familiarizado con el mismo. Más adecuado parece, en cambio, examinar los comentarios que ha suscitado esta obra de Kelsen.

A juicio de O. Weinberger y M. G. Losano, en la «Teoría general de las normas», Kelsen modifica su pensamiento anterior en aspectos sustanciales, llegando incluso a sostener, dicen estos autores, tesis diametralmente opuestas a aquellas defendidas en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (1960). El propio título del ensayo introductorio de Losano antes mencionado, «La dottrina pura del diritto dal logicismo all' irrazionalismo», expresa ya esta idea.

Mi opinión es justamente la contraria. Pienso que Kelsen no ha modificado en su obra póstuma ninguna de las tesis centrales de la *Reine Rechtslehre*².

Por tesis centrales del pensamiento de Kelsen entiendo aquellas que configuran su concepción de la norma jurídica. Para Kelsen x es una norma jurídica si y sólo si:

1) x es un deber ser, 2) x es relativo al ejercicio de la coacción, 3) x es eficaz, y 4) x es autorizado por una norma jurídica.

La primera idea, la de que la norma jurídica es un deber ser, tiene las siguientes consecuencias en el pensamiento de Kelsen: la norma jurídica es positiva (dado que, según Kelsen, todo deber ser es puesto por un acto de